

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA DE MORAES VESPAZIANO CIRNE RODRIGUES

FEMINICÍDIO:
Aplicação da qualificadora à mulher transexual a luz da Lei 13.104/2015

Recife
2019

MARIA EDUARDA DE MORAES VESPAZIANO CIRNE RODRIGUES

FEMINICÍDIO:
Aplicação da qualificadora à mulher transexual a luz da Lei 13.104/2015

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Simone de Sá

Recife
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

R696f Rodrigues, Maria Eduarda de Moraes Vespaziano Cirne.
Feminicídio: aplicação da qualificadora à mulher transexual a luz da
Lei 13.104/2015 / Maria Eduarda de Moraes Vespaziano Cirne
Rodrigues. - Recife, 2019.
45 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Simone de Sá.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Mulheres transexuais. 3. Gênero. 4. Feminicídio. I. Sá,
Simone de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.1-265)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA DE MORAES VESPAZIANO CIRNE RODRIGUES

FEMINICÍDIO: Aplicação da qualificadora à mulher transexual a luz da Lei 13.104/2015

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

Dedico este trabalho aos meus pais, aos meus amigos, e a todos os professores que me acompanharam e foram tão importantes na minha vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer aos meus pais, Fábio e Danielle, e à minha irmã, Maria Fernanda, que proporcionaram a realização desta conquista, me incentivando, cobrando e apoiando incondicionalmente em todas as minhas decisões, sempre com muito amor e carinho.

Aos meus familiares que se fizeram presentes em palavras de incentivo e apoio ao longo dessa caminhada, principalmente as minhas primas que estiveram comigo durante toda a minha jornada, fazendo os momentos difíceis serem mais leves.

Ao meu namorado, que mesmo distante, se fez presente em todos os momentos se fazendo tão compreensivo e sabendo lidar com alguns afastamentos e abdições com toda paciência e amor, que me impulsionou e acreditou em mim sempre.

À minha psicóloga, Dra. Ana Katarina, que me fez não desistir nos momentos em que eu achava ser impossível a conclusão do referido trabalho, além de me acalmar em tantos momentos de ansiedade e insatisfações.

Aos meus amigos Eduardo Veloso, Victor Magalhães e as minhas amigas Alice Buarque e Helena Soares que apesar das minhas ausências e das reclamações foram ouvintes e motivadores, sendo grandes influenciadores nessa minha jornada.

À minha querida professora Simone Sá que é uma grande inspiração para mim como profissional e que me orientou da melhor forma para que o presente trabalho se concretizasse, exigindo de mim muito mais do que eu imaginava ser capaz, sempre de forma descontraída e tranquila.

Ao professor Ricardo Silva que é extremamente atencioso com toda a turma e se mostra sempre disponível para nos ajudar e corrigir no momento em que precisamos de mais disciplina.

Aos professores da graduação que, sempre com muito carinho e dedicação, me ajudaram a construir uma visão jurídica para a minha vida profissional e que igualmente me ajudaram a crescer muito como pessoa.

Aos funcionários da Faculdade Damas por terem sido sempre prestativos, simpáticos e disponíveis, em especial à Tereza, Fred e Espedito que são profissionais incríveis e que me ajudaram bastante ao longo dessa graduação.

E aos meus colegas que estiveram comigo durante a minha formação acadêmica, muito obrigada por toda ajuda, por todos os conselhos, por todos os momentos descontraídos, por todos os perrengues e estresses vividos juntos e que só o curso de Direito é capaz de

proporcionar e por todos os momentos que me ajudaram a estudar mais e não desistir, em especial, às minhas amigas Aline Formiga, Alessandra Carneiro Leão, Camila Emerenciano, Barbara Cassiano, Maria Eduarda Melo, Marília Carvalheira e ao meu amigo Rafael Cavalcante que tiveram um papel essencial para que eu me tornasse uma pessoa melhor.

“Não se nasce mulher, torna-se mulher.”

Simone de Beauvoir.

RESUMO

Historicamente a violência contra a mulher é pautada em questões de gênero, sendo perpetuadas de geração para geração de forma tão sutil que acaba por gerar grandes praticas que atentam contra a integridade, liberdade e a vida das mulheres. Com isso buscou-se maneiras de coibir os altos índices de violência perpetrada contra a mulher, um desses meios para a coibição e punição foi a Lei 13.104/2015 que alterou o art. 121 do Código Penal tornando o feminicídio uma qualificadora do homicídio. Contudo, em decorrência dos estudos de gênero, percebeu-se uma flexibilização do conceito de mulher, visto que o mesmo já não era suficiente para abarcar as diversas facetas presentes neste termo, dando espaço para o questionamento da aplicação da qualificadora do feminicídio as mulheres transexuais. Deste modo, a presente pesquisa tem a finalidade de apresentar a possibilidade de aplicar-se-á a Lei do Feminicídio às mulheres transexuais, através de uma ótica extensiva. Para tal, utilizamos da metodologia baseada em uma pesquisa exploratória, através de análise bibliográfica, com subsídio no método dedutivo, valendo-se ainda da conclusão que a aplicação da referida lei não terá incidência da analogia *in malam partem*, sendo assim possível a sua aplicação às mulheres transexuais.

Palavras-chaves: Feminicídio. Mulheres transexuais. Gênero.

ABSTRACT

Historically, violence against women is based on gender issues, perpetuated from generation to generation in such a subtle way that it generates great practices that violate the integrity, freedom and life of women. With this, ways were sought to curb the high levels of violence perpetrated against women, one of the means to curb and punish was Law 13,104 / 2015, which amended art. 121 of the Penal Code making femicide a qualifier of homicide. However, as a result of the gender studies, it was perceived a relaxation of the concept of woman, since it was no longer enough to cover the various facets present in this term, giving room for the questioning of the application of the qualifier of femicide to transsexual women. In this way, the present research has the purpose of presenting the possibility of applying the Law of Femicide to transsexual women, through an extensive perspective. To do so, we use the methodology based on an exploratory research, through bibliographic analysis, with subsidy in the deductive method, using the conclusion that the application of said law will not have incidence of the analogy *in malam partem*, thus being possible to its application to transgender women.

Keywords: Femicide. Transgender Women. Gender.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA À MULHER E A INSERÇÃO DO FEMINICÍDIO COMO HIPÓTESE DE HOMICÍDIO QUALIFICADO..... | 13 |
| 3 ANÁLISE SOBRE A TRANSEXUALIDADE..... | 21 |
| 4 APLICAÇÃO DA LEI 13.104 À MULHER TRANSEXUAL..... | 30 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 38 |
| 6 REFERÊNCIAS..... | 41 |

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher pautada em questões de gênero é histórica, e apresenta um caráter estrutural, que é perpetuado de uma geração para outra de forma tão natural que, de maneira inconsciente, são geradas práticas sociais conservadas que atacam contra a sua integridade, desenvolvimento, saúde, liberdade e vida.

Com o advento da Lei 13.104/2015, incluiu-se no crime de homicídio mais uma qualificadora, qual seja: o feminicídio. Tal Lei surgiu com o objetivo de desarraigat a discriminação compensando a desigualdade histórica enquanto promove a isonomia constitucional ao mesmo tempo em que busca prevenir a violência decorrente de ação ou omissão. Entretanto, nesse contexto, deu-se início a discussões doutrinárias acerca do sujeito passivo do feminicídio, dado que o legislador se limitou a determinar como vítima a “mulher por razões da condição de sexo feminino”.

Existem duas vertentes em relação ao debate, a primeira, mais conservadora, que acredita que o transexual, geneticamente, não é mulher, ainda que submetida a cirurgia de mudança de sexo, e que, portanto, não pode ser abarcada pela proteção especial; já a segunda corrente, mais moderna, acredita que, a mulher transexual deve ser tratada de acordo com sua realidade, e assim, ter direito à proteção especial.

Em decorrência disto, essa pesquisa se impulsiona através do princípio da dignidade da pessoa humana, que acredita que todo indivíduo é digno de respeito por parte do Estado, assim como toda a sociedade. Outrossim, em decorrência da enorme carga de importância temática, busca-se compreender, juridicamente, a proteção que a mulher transexual possui no ordenamento jurídico e a possibilidade de serem protegidas de forma especial.

É nesse contexto conflituoso que se manifesta o presente problema da pesquisa: a Lei 13.104/2015, ao prever o feminicídio como majorante do crime de homicídio, traz consigo proteção jurídica e reconhecimento da mulher transexual como vítima no caso de homicídio?

A proteção especial abarcada pela Lei 13.104/15 surge como um meio de proteção a vulnerabilidade sofrida pelo gênero feminino. Nesse ponto de vista se faz possível acreditar que a mulher transexual pode sim, ser incluída na proteção do feminicídio, visto que essa pode sofrer uma dicotomia físico-psíquica, ou seja, pode possuir o sexo físico, distinto de sua

conformação sexual psicológica. Nesse ponto de vista, deve-se considerar a mulher transexual como detentora da proteção da Lei do feminicídio.

Desta forma, esta pesquisa tem como objetivo basilar analisar e compreender o feminicídio e sua aplicação ou não nos casos em que a vítima for mulher transexual. Para tanto, buscar-se-á a) compreender a necessidade do surgimento da qualificadora e sua importância; b) entender o fenômeno da transexualidade no contexto dos direitos fundamentais em decorrência das mutações sociais; c) analisar a aplicabilidade do feminicídio nos casos em que a vítima for mulher transexual.

A pesquisa é exploratória, abrangendo, também, a visão explicativa-descritiva, devido a pretensão de dar maior visibilidade à temática no âmbito do Direito. O método de pesquisa utilizado para a realização do trabalho foi o dedutivo, por meio de materiais bibliográficos, doutrinas e jurisprudências, apropriando-se também, de pesquisas práticas com dados coletados da realidade, para tornar mais o assunto mais palpável.

Inicialmente, a análise é bibliográfica, para entender e explicar os principais paradigmas que permeiam o vínculo entre o feminicídio e a aplicação ou não às mulheres transexuais, de acordo com o Direito Brasileiro.

No primeiro capítulo, a intenção é aprofundar o estudo acerca dos acontecimentos sociais históricos que demonstraram a necessidade da ocorrência da Lei 13.104/2015 para as mulheres e pessoas transexuais, trazendo aspectos importantes do surgimento do feminicídio.

Na segunda parte, o objetivo é entender o fenômeno da transexualidade de modo que se compreenda seus efeitos nos direitos fundamentais, visto que as mutações sociais precisam ser inseridas no nosso ordenamento jurídico.

Por fim, é explanada a divergência doutrinária acerca do problema deste referido trabalho, analisando o polo passivo do feminicídio através do tipo penal analisando-se os critérios psicológico, biológico e jurídico.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA À MULHER E A INSERÇÃO DO FEMINICÍDIO COMO HIPÓTESE DE HOMICÍDIO QUALIFICADO

A violência afeta mulheres de todas as classes sociais, etnias e de diferentes contextos sociais e políticos. Estas agressões são frutos de uma cultura patriarcal, que corresponde à dominação do gênero masculino sobre o feminino. Tal contexto resulta na inferiorização da condição feminina que é corolário da violência extrema que acaba por ceifar a vida de muitas mulheres.

Deste modo, atualmente, a violência contra as mulheres entende-se não como um problema de ordem privada ou individual, mas como um fenômeno estrutural, de responsabilidade da sociedade como um todo.

A violência contra a mulher por razões de gênero é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Tal relação de poder, baseada em padrões de dominação, controle e opressão, leva a discriminação, ao individualismo, à exploração e à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra e reproduzidos tanto no âmbito público (governo, política, religião, escolas, meios de comunicação), como no âmbito privado (família, parentes, amigos). A partir de condições históricas, são naturalizadas formas de discriminação contra a mulher e geradas práticas sociais que permitem ataques contra a sua integridade, desenvolvimento, saúde, liberdade e vida.¹

O termo *femicide*, que caracteriza o assassinato de mulheres apenas por serem mulheres, foi usado pela primeira vez em 1976, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas. Contudo, a definição do termo só veio nos anos 1990, com Caputi e Russel². Elas o definiram como sendo o assassinato de mulheres por homens motivados por ódio, desprezo, prazer ou por um sentimento de propriedade.

Já Radford e Russel³ acreditavam que o termo *femicide* representava um ato contínuo de violência contra a mulher, para chegarem a esta conclusão estabeleceram conexões entre os diversos tipos de agressões perpetradas contra as mulheres, sendo eles os abusos físicos; sexuais; morais; psicológicos e patrimoniais.

Este, por sua vez, foi traduzido em países de língua hispânica como feminicídio, mas sua designação não abrangia toda complexidade e gravidade dos direitos femininos

¹ GEBRIM, L. M.; BORGES, P. C. C. Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio? Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

² CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana E. H. **Femicide**: sexista terrorism against women. Nova York: Twayne, 1992

³ RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. **Feminicídio**: la política de matar mujeres. Nova York: Twayne, 1992.

violados. Foi à antropóloga mexicana Marcela Lagarde y de Los Rios que aplicou a expressão “feminicídio” de forma evidente, abrangendo-o como sendo praticado pelo atual ou ex-parceiro da vítima, parente, colega de trabalho, familiar, em inúmeras situações, onde envolve de forma expressa a violência para com as mulheres.

Segundo Lagarde, o feminicídio não é apenas uma violência exercida por homens contra mulheres, mas sim por homens em situação de supremacia social, sexual, jurídica, econômica, política, ideológica e de todo tipo, sobre mulheres em condição de desigualdade, de subordinação, de exploração ou de opressão, e com a particularidade da exclusão.⁴

Há de se falar, contudo, que os atos de violência extrema que caracterizam o feminicídio não são exclusivos da contemporaneidade, uma vez que ao se observar a questão de gênero ao longo da história sempre houve o questionamento acerca das diferenças de papéis assumidos pelos homens e pelas mulheres.

A submissão das mulheres em face aos homens, promovido por um conjunto de relações de base estruturada sobre a hierarquia entre os homens e as mulheres, conhecida como patriarcado. Para Matos e Paradis⁵, o patriarcado é um círculo de dominação que prevalece nas estruturas sociais e estatais, promovendo as divisões sexuais do trabalho e perpetuando a violência de gênero que ocorre de maneira cotiada.

Já nos estudos de Saffioti⁶, pode-se verificar que com a conservação do patriarcado, inverteu-se a ordem social passando assim a ordenar que homens e mulheres se portassem de acordo com as características de seu sexo biológico. Análogo a este pensamento, Engels discorreu o seguinte:

O governo do lar perdeu seu caráter social. A sociedade já nada mais tinha a ver com ele. O governo do lar se transformou em serviço privado; a mulher converteu-se em primeira criada, sem mais tomar parte na produção social.⁷

Assim, é necessário ressaltar que a expressão ‘dominação masculina’, desenvolvida por Bourdieu, apresentou uma enorme significância para uma melhor percepção do patriarcado.

⁴ LAGARDE, Marcela y de los Rios. Del feminicídio al feminicídio. Bogotá, 2006. p. 216-225

⁵ MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse Goulart. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. **Cadernos Pagu**. Dossiê o gênero da política: feminismos, estado e eleições, n. 43, dez 2014.

⁶ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Ontogênese e filogênese do gênero: ordem patriarcal de gênero e a violência masculina contra mulheres. **FLASCO-Brasil**, jun. 2009, p. 1-44.

⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 1. Ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

Também sempre vi na dominação masculina e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível e suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento.⁸

Ainda de acordo com os estudos de Saffioti, o mesmo acredita que tal instituto se percebe em decorrência da dominação masculina que se externa através da violência física ou sexual, além da violência simbólica.

Contudo, Chauí⁹ vai de encontro com os pensamentos de Saffioti, ao considerar que esta espécie de violência encontra-se respaldada pela ideia de dominação absolvida e legitimada pelas próprias mulheres. Sendo assim, entende-se que os homens teriam se apropriado das diferenças biológicas replicando-as o cenário social para manter sempre as mulheres em situação de subordinação. E estas, inconscientemente, internalizam o domínio masculino e o reproduzem, perpetuando o ciclo da subordinação feminina.

Como exemplo da teoria de Chauí, a relação doméstica e o ensino das crianças, as meninas brincam de bonecas e de casinha enquanto os meninos brincam com brinquedos que possam desenvolver habilidades intelectuais e sociais. Contudo, essas meninas não compreendem que o comportamento doméstico, tradicionalmente ditado no contexto familiar, viola o seu direito à isonomia; e sua mãe, não percebe ou não reconhece que está reproduzido o modelo patriarcal no qual ela própria foi moldada.

Entretanto, Saffioti refuta as concepções de Chauí ao dizer que se a mulher reproduz essa violência em outras mulheres, o faz não por vontade própria, mas por internalizá-la e naturalizá-la por força do próprio sistema no qual está imersa.

No tocante à tipologia do feminicídio, distinguiu-se em dois tipos: feminicídio íntimo, que se caracteriza quando a vítima já teve ou tem uma relação íntima com o sujeito ativo, não se limitando às relações de vínculo matrimonial, mas estendendo-se aos conviventes, noivos, namorados e parceiros, além daqueles praticados por um membro da família, como o pai, padrasto, irmão ou primo; e o feminicídio não íntimo, aquele em que a vítima não tinha qualquer relação de casal ou familiar com o sujeito.

Dentre esses dois tipos, o íntimo sobressaiu como o que mais atinge as mulheres, sendo ele fortemente relacionado à violência conjugal. Outrossim, é empreendido por pessoas com as quais as mulheres mantinham ou mantiveram relações afetivas. Essa consideração

⁸ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kuhner. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

⁹ CHAUI, Marilena. **Perspectivas Antropológicas da Mulher 4**. São Paulo: Zahar, 1985.

corroborar com as informações divulgadas no Mapa da Violência 2015¹⁰, em que as estimativas de feminicídio no País indicavam que 50,3% dos homicídios foram perpetrados por familiares das mulheres em situação de violência e 33,2% das mulheres foram mortas pelos seus parceiros ou ex-parceiros.¹¹

No cenário trazido pela referida pesquisa, o ambiente doméstico manifesta-se como segundo lugar com 27,1% onde mais ocorrem mortes femininas¹², consolidando como o meio legitimador das relações de poder entre os gêneros e da prática de violência contra as mulheres.

O Mapa da Violência de 2015¹³ ainda ressaltou que, entre as mulheres em situação de violência conjugal, 43,1% são jovens, com idade entre 18 e 39 anos. Para as mulheres idosas, acima de 60 anos, os principais agressores são os filhos, compondo um total de 34,9%. Com relação à cor da pele, a mortalidade das mulheres negras é bem maior do que das brancas, atingindo 66,7%.

Assim, por ser uma questão bastante recorrente no cenário mundial e nacional, medidas foram criadas e estabelecidas na tentativa de coibir a violência contra a mulher.

No Brasil, a partir de novembro de 2003, foi sancionada a Lei nº 10.778 que estabelecia a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que foi atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

Em 31 de Março de 2004, através do decreto nº 5.030 instituiu-se um grupo interministerial, com participação da sociedade Civil e do Governo, para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher, e dá outras providências. Este grupo elaborou sugestão legislativa, onde foi posteriormente encaminhada para o Poder Executivo e ao Congresso Nacional.

Em decorrência a esta sugestão legislativa, foi promulgada em 7 de agosto de 2006 a Lei nº 11.340, chamada de Lei Maria da Penha, que, de forma inédita, criou mecanismos de coibição contra a violência familiar e doméstica, instituindo medidas de prevenção, de proteção e de assistência para as mulheres em condição de violência, nos termos do §8º, do artigo 226 da Constituição Federal.

¹⁰ _____. **Mapa da violência 2015**. Homicídios de Mulheres no Brasil. Brasília, 2015. http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Acesso em: 23 mar. 2019

¹¹ WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012**. Caderno complementar 1. Os Novos padrões da violência homicida no Brasil. Homicídios de mulheres no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2012.

¹² *Id. Ibid*

¹³ _____. **Mapa da violência 2015**. Homicídios de Mulheres no Brasil. Brasília, 2015. http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Acesso em: 23 mar. 2019

Esta Lei foi indubitavelmente um dos principais marcos existentes na luta pela proteção das mulheres perante a violência, ela foi resultado da atuação dos movimentos feministas e do caso Maria da Penha *versus* Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2001. Foi inspirada em documentos jurídicos internacionais, dentre os quais, na América Latina, os principais são: a *Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher* de 1948, a *Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* – CEDAW de 1979, e a *Convenção Interamericana Para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher* – Convenção de Belém do Pará que aconteceu em 1994.

As precauções tomadas pelo Estado brasileiro para a promoção e proteção das mulheres são recentes se comparada com outros países da América Latina, onde, atualmente 14 (quatorze) países possuem legislação que reconhece o feminicídio como crime.

A busca por soluções para a diminuição do feminicídio no continente Latino-Americano iniciou-se na década 1990, suscitada pelas denúncias de movimentos femininos sobre o grande número de morte de mulheres, ocorridas em decorrência da violência de gênero que assolava o México. Todavia, apesar da legislação internacional vigente, o continente, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS, 2013) é o segundo mais perigoso para as mulheres, considerando o feminicídio íntimo.¹⁴

Com a alta incidência da violência contra as mulheres, as discussões sobre tipificar o feminicídio como crime ou não se tornaram mais densas e, em março de 2015, o Congresso Nacional aprovou e o Poder Executivo Federal sancionou a Lei nº 13.104, cuja proposta foi a alteração da redação do artigo 121, §2º do Código Penal Brasileiro, acrescentando a este o inciso VI; o §2º - A, I e II, e o §7º, I, II e III.

Esta modificação estabeleceu a categoria de homicídio qualificado, sendo a nova qualificadora (condição que agrava a conduta delituosa e, conseqüentemente, a pena imputada a quem o pratica) reconhecida como feminicídio que, por sua vez, ocorre quando uma mulher é vítima de uma morte intencional ocasionada apenas por se tratar de uma condição de gênero de pessoa do sexo feminino.¹⁵ É visto que, com o advento desta nova lei, o feminicídio passa a configurar como a sexta forma de qualificadora do crime de homicídio, deste modo, hediondo, sofrendo todos os efeitos da Lei nº 8.072/1990.

¹⁴ ROMERO, Teresa Incháustegui. Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir de caso mexicano. **Revista Sociedade e Estado**. Brasília, v. 29, n. 2, p. 373-400, maio/ago 2014. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/se/v29n2/04.pdf>>. Acesso: 24 mar. 2019

¹⁵ GRECO, Rogério. **Feminicídio**: comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. 2015. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso: 20 mar. 2019

Dito isso, é válido esclarecer que os homicídios qualificados têm pena de 12 a 30 anos de reclusão, conforme o artigo 121, §2º do Código Penal Brasileiro, enquanto os homicídios simples preveem pena de 6 a 20 anos de acordo com a mesma norma. Os crimes hediondos, por sua vez, são considerados de extrema gravidade e, por isso, recebem um tratamento mais severo do legislador.

Para que exista o crime de feminicídio, é necessário que derive de violência doméstica e familiar conforme expressa o artigo 121, §2º - A, I do Código Penal e o menosprezo ou discriminação da condição de mulher pontuado no mesmo artigo, inciso II. De acordo com Gomes¹⁶ para que haja o referido crime, a morte precisa ser necessariamente, “[...] violenta, não acidental e não ocasional de uma mulher em decorrência justamente da sua condição de gênero”.

[...] outra característica que define o feminicídio é não ser um fato isolado na vida das mulheres vitimizadas, mas apresentar-se como os pontos finais de um continuum de terror, que inclui abusos verbais e físicos e uma extensa gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas. Sempre que esses abusos resultam na morte da mulher, eles devem ser reconhecidos como feminicídio.¹⁷

Com o passar dos anos, viu-se uma flexibilização dos sujeitos ativos e passivos que se enquadram na Lei. O conceito de mulher é extremamente abrangente, pois além de sua definição não unívoca, a análise dependerá de inúmeros fatores e referenciais, sejam eles temporais ou até mesmo sociais.

Baseando-se em estudos de Gayle Rubin e Joan Scott sobre o feminismo e gênero, Marlise Matos afirma:

É certo e já estabelecido que gênero, como um conceito, surgiu em meados dos anos 70 e disseminou instantaneamente nas ciências a partir dos anos 80. Tal reformulação surgiu com o intuito de distinguir e separar o sexo – categoria analítica marcada pela biologia e por uma abordagem essencializante da natureza ancorada no biológico – do gênero, dimensão esta que enfatiza traços de construção histórica, social e, sobretudo política que implicaria análise reacional.¹⁸

¹⁶ GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. **Gênero & Direito**, Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, n. 1, p. 188-218, 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/24472>. Acesso: 22 mar. 2019

¹⁷ PASINATO, Wânia. “Feminicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos Pagu**, Campinas, v. 37, p. 219-246, jul/dez 2011. Disponível em: <http://scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso: 25 mar. 2019

¹⁸ MATOS, 2008, p. 336

Os estudos de gênero iniciaram com o objetivo de distinguir inicialmente os conceitos de sexo e gênero que até então eram entendidos como sinônimos. Assim, para que um indivíduo fosse mulher, necessário era ter nascido com a genitália feminina e apresentar características femininas, mas sendo determinante para a condição de mulher, ter nascido com vagina (determinismo pelo sexo biológico). Com o passar dos anos e os novos estudos, outros padrões foram sendo criados e os antigos questionados, desse modo às categorias de homem masculino, bem como de mulher-feminino, foram sendo reformuladas e desconstruídas.¹⁹ Essa desconstrução passou a admitir que nem sempre o feminino seria vinculado a uma mulher (pelo conceito biológico), mas que mulher poderia estar vinculada à essência do ser feminina, à construção propriamente dita do gênero feminino.

Cumprido estabelecer que ser masculino ou ser feminino não é uma condição meramente natural, tão pouco aleatória, mas uma construção sociocultural²⁰ que impõe a superioridade de um (masculino) sobre o outro (feminino), apesar de os discursos que historicamente legitimaram o protagonismo masculino se ampararem em argumentos essencialista.

Apenas na contemporaneidade observa-se a contestação do determinismo biológico como pressuposto das relações intersubjetivas, através dos movimentos sociais, em especial do movimento feminista, que foi o primeiro a discordar dessa tese, com o objetivo de comprovar que as relações entre as mulheres e homens, seus papéis sociais, a dominação masculina e a consequente submissão feminina são produtos culturais, portanto, socialmente construídos.

A partir dessa contestação, duas categorias distintas surgem na discussão das ciências sociais: o sexo e o gênero. Segundo Butler²¹, o gênero é o resultado absorvido pelo corpo sexuado dos significados culturais a partir da perspectiva binária, na qual se reflete a relação entre o sexo e o conjunto de suas representações sociais, objetivando a adequação do sexo biológico a determinado papel social. O pensamento da autora supracitada corrobora com o de Dorlin:

O sexo designa comumente três coisas: o sexo biológico, tal qual nos é nomeado ao nascimento – sexo macho ou sexo fêmea –, o papel ou o comportamento sexual que supostamente lhes corresponde – o gênero, provisoriamente definido como os atributos do feminino e masculino – que a socialização e a educação diferenciadas

¹⁹ MATOS, Marlise. **Movimento e Teoria Feminista: É possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global?**. 2010. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/06.pdf>>. Acesso: 15 mar 2019

²⁰ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kuhner. 7. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

²¹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

dos indivíduos produzem e reproduzem; finalmente, a sexualidade, quer dizer, o fato de ter uma sexualidade, de ter ou de fazer o sexo.²² (tradução nossa)

Neste sentido, fica bastante claro que a nossa sociedade é pautada através de um determinismo sexual, onde historicamente os sexos possuem funções bastante determinadas e delimitadas perante a sociedade.

Assim, o indivíduo que estiver em discordância com essa estrutura patriarcal e heteronormativa, é taxado de desviante. Na visão de Becker²³, o desviante é o indivíduo que é caracterizado pela infração de uma regra ou de um conjunto de regras sociais, sendo o desvio produto de uma interação.

Goffman²⁴, em congruência com o autor mencionado, alega que os desviantes são indivíduos estigmatizados visto que não possuem proteção e se encontram em interação com as valorações hostis baseadas em ideais heteronormativos e dualista.

Logo, cumpre-se entender quem é necessário que ocorra o abandono da ideia obsoleta de que o sexo e o gênero são sinônimos, vista vasta gama de identidades de gênero. Com isso, é necessário entender que dentre o sexo feminino e masculino podem existir pessoas transexuais. Contexto esse que iremos nos aprofundar no próximo capítulo.

²² DORLIN, Elsa. **Sexe, genre et sexualités**: introduction à lathéorie feminist. Paris: Presses Universitaires de France, 2008, p. 5.

²³ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 1 Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008

²⁴ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 4. Ed., 2008, p. 158

3 ANÁLISE SOBRE A TRANSEXUALIDADE

Em decorrência das lutas libertárias feministas iniciadas nos anos de 1960, despontam alguns estudos sobre gênero. No qual percebe-se que a figura feminina encontrava-se insuficiente para representar todas as mulheres, visto a vasta diversidade que a categoria possui, como bem ressalta Judith Butler²⁵.

Sendo assim, a literatura pesquisada nos permite entender que o feminismo passou a ser observado para além do sujeito mulher, renovando assim, o movimento feminista no sentido de uma abertura a outras questões. Em um primeiro momento as discussões de gênero se davam em decorrência a superioridade do masculino sobre o feminino. Contudo, passou-se a ser discutida outra posição, que é a heterossexualidade *versus* a homossexualidade, no sentido de perceber que há um privilégio da heterossexualidade sobre a homossexualidade na sociedade em geral, compondo a heteronormatividade, em que este é percebido com muita evidência nos dias atuais.

O estudo da homossexualidade no sentido de compreender a sexualidade e a afetividade torna-se relevante e interessante, na medida em que busca compreender o ser humano de forma global em suas diversas maneiras de agir, pensar, se expressar e se comportar. Para Foucault²⁶, a sexualidade humana, deve-se ser analisada através de um “dispositivo”, o qual dita aquilo que deve ser praticado, interferindo nas subjetividades e nas construções individuais referentes aos prazeres do corpo. Assim, o dispositivo da sexualidade tem o poder de tornar o sexo possuidor de uma verdade sobre o indivíduo.

É basilar compreender que a homossexualidade é tida como o atributo, característica ou qualidade de um indivíduo que sente atração física e emocional por outro indivíduo do mesmo sexo, sendo também utilizado como um senso de identidade pessoal e social, com base nessas atrações, manifestando comportamentos e aderindo a uma comunidade de pessoas que compartilham da mesma orientação sexual. Já a heterossexualidade, é o inverso da explicitada anteriormente, ela é caracterizada pela atração sexual e sentimental por uma pessoa do sexo oposto ao dela.

Compreende-se que a heteronormatividade, que deriva do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade, traz consigo um

²⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da C. Albuquerque e A. J. Guilhon de Albuquerque. 19. Ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

modelo de feminilidade, e de masculinidade adequado conforme o gênero atribuído, determinando assim, o papel de cada indivíduo em situações diversas. Podemos citar alguns comportamentos como, por exemplo, o modo de sentar, a maneira de falar, as vestimentas, e dentre outras padronizações sociais. Entendemos como uma estrutura que leva o sujeito a ver e pensar, no que diz respeito à sexualidade, como única e exclusivamente de ordem heterossexual, o que pode fazer com que haja um despreparo para o mesmo se perceber dentre a pluralidade da orientação sexual, possibilitando uma destruturação psíquica para compreender-se em seus desejos e escolhas sexuais.

Diante da multiplicidade das formas possíveis, da infinidade dos caminhos do desejo, das diversas possibilidades estéticas de se relacionar com o gênero, da pluralidade sexual no tecido social, todo um conjunto de técnicas de poder e enunciados de ser se emaranham ao ponto de estabelecerem no real uma norma cuja positividade encontraria concretude na figura da heterossexualidade. Assim, traça-se uma régua de normalização a partir da qual se podem estabelecer níveis de normalidade dos corpos e das populações. Quanto mais próximos aos padrões heterossexuais esperados, maior o grau de normalidade, ao passo que, quanto mais distante, maior o grau de anormalidade.

Cumprir dizer que a sexualidade humana é um tanto quanto complexa e que por isso exige cuidados em sua análise, dada a sua magnitude e extensão de sua expressão. Em termos científicos e de acordo com o conhecimento da neurociência, admite-se o sistema límbico, grupo de estruturas no qual se inclui o hipotálamo, como responsável pelos acontecimentos referentes à sexualidade, à agressividade e aos padrões primitivos de sobrevivência e por outro lado, tem-se a região que gere os movimentos da racionalidade, do pensamento que é o córtex cerebral, que se encontra acima do sistema límbico²⁷. Portanto, fisiologicamente, a região do cérebro responsável pela sexualidade é o hipotálamo, sob esta perspectiva, desejar ou não o outro, sendo ele homem ou mulher, independe da “vontade” ou da deliberação da pessoa.

O discurso da sexualidade não se aplicou inicialmente a sexo, mas ao corpo, aos órgãos sexuais, aos prazeres, às relações de aliança e às relações individuais. Um conjunto homogêneo que estava encoberto pelo dispositivo de sexualidade que produziu, em determinado momento, como elemento essencial de seu próprio discurso e talvez de seu próprio funcionalismo, a ideia de sexo.

²⁷ DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais**. Porto Alegre, Artmed Ed., 2000.

Nesse sentido, Britzman²⁸ aponta a importância de uma concepção não-linear entre sexo, gênero e identidade sexual. Para a autora, há uma presença marcante no discurso de uma confusão entre esses conceitos, o que se faz com que o ato de quebrar essa linearidade seja visto como uma transgressão.

O conceito de gênero aplicado ao feminismo possibilitou a desconstrução da crença de que há um modelo universal de mulher, abrindo a possibilidade para a construção da identidade de gênero²⁹. A partir das novas ideias e comportamentos trazidos com o movimento feminista, a percepção sobre quem são as mulheres se ampliou, passando a abranger a humanidade e a feminilidade de mulheres outrora invisíveis. A partir de então, abre-se o feminismo de uma maneira contundente e ao retornar a frase de Simone de Beauvoir “Não se nasce mulher, torna-se mulher” para focar apenas no “trona-se”, no sentido da mulher perceber-se como um ser de grande valor nos diversos sentidos do existir.

Com isso, as pesquisas passaram a discutir a respeito da distinção entre o sexo, a sexualidade e a identidade de gênero, enquanto construções sociais que se diferem culturalmente.

Como percebemos, o gênero é um conceito mais útil do que o de sexo para a compreensão das identidades, papéis e expressões de homens e mulheres na vida cotidiana, a fim de demarcar as distinções de cunho social, as quais tendem a subalternizar as mulheres.³⁰ Para Bruns e Pinto³¹, o gênero é uma construção social e, portanto, histórica, assim existiriam múltiplos conceitos para o feminino e o masculino. Já para Peres³², as relações de gênero participam dos modos de subjetivação, considerando as imagens, discursos e sentidos que são construídos no cotidiano das pessoas, determinando diversas concepções de mundo e de relações.

O conceito de gênero existe no meio científico desde meados do século XX, a partir das considerações de John Money³³ acerca dos papéis construídos socialmente, pois segundo o autor citado anteriormente, a questão do gênero como uma categoria na qual se

²⁸ BRITZMAN, Deborah. O que é esta coisa chamada amor – identidade homossexual, educação e currículo. **Revista Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 71-96, jan/jun. 1996.

²⁹ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

³⁰ SCOTT, Joan Wallach. Gênero, uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 235-262, 1997.

³¹ BRUNS, Maria Alves de Toledo; PINTO, Maria Jaqueline Coelho. **Vivência transexual: o corpo desvela seu drama**. Campinas, São Paulo: Editora Átomo, 2003.

³² PERES, Wiliam Siqueira. **Subjetividade das travesties brasileiras: da vulnerabilidade da estigmatização à construção da cidadania**. Tese. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social, 2005.

³³ MONEY, John. **Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: Psychologic findings**. Bulletin of the Johns Hopkins Hospital, Baltimore, EUA, v. 96, p. 253-264, 1995

refere ao conjunto de características distintas do que é da ordem biológica e da psíquica do sujeito, ou seja, nem sempre, as expectativas sociais relacionadas às pessoas nascidas com determinadas configurações biológicas.

Na nossa sociedade, existe uma ideia de que há uma conexão substancial entre o sexo do corpo, a identidade de gênero e a identidade sexual. Mesmo que, essa ligação não apresente base natural, a falsa associação entre o sexo do corpo e as identidades de gênero e sexual promove a prescrição de modelos de sexualidade considerados saudáveis, normais e a discriminação das pessoas que são identificadas como desviantes da norma hegemônica, heterossexual. Isto é, o sexo do corpo é compreendido como a identidade de gênero e identidade sexual.

Sendo assim o sexo, como já é sabido, é definido pela combinação dos cromossomos presentes no ser humano e a sua genitália o que determina se o indivíduo nasceu macho ou fêmea; já a identidade de gênero é a maneira como a pessoa se enxerga, com qual gênero ela se identifica, sendo assim, segundo Judith Butler³⁴, pensadora do assunto, o gênero precisa ser assumido pela pessoa, mas não ocorre através de um processo de escolha, e sim de construção; enquanto a orientação sexual aduz acerca da inclinação da pessoa, no que diz respeito à relação amorosa, afetiva e sexual.

Entende-se que a sociedade historicamente dividiu o sexo em duas categorias bem distintas, na qual culturalmente a criança desde o nascimento, aprende que precisam desempenhar papéis quase opostos perante a sociedade. Nesta senda, compreende-se que, no meio social, todas as pessoas são diferentes, no entanto, na vivência social nem sempre isso é considerado. Assim, as pessoas que não se enquadram dentro das perspectivas que o imaginário social dita em relação às normas de gênero e ao que vem a ser a representação social da figura do masculino e do feminino são discriminadas, como bem ressalta Isaías B. Oliveira Júnior e Eliane Rose Maio.

Na contemporaneidade, a sociedade em geral, o Estado, as culturas midiáticas, as leis, a religião, a escola, dentre outras instituições, reiteradamente perpetuam em suas estratégias as matrizes identitárias tidas como referências e, conseqüentemente, fortalecem a reprodução das diferenças.³⁵

³⁴ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 17-60

³⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Isaías Batista; MAIO, Eliane Rose. Re/des/construindo in/diferenças: A expulsão compulsória de estudantes trans do sistema escolar. **Revista da FAEBA-Educação e Contemporaneidade**, v. 10, n. 1, p. 160. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/faceba/article/viewFile/2292/1598>. Acesso: 29 de abril 2019.

Outrossim, qualquer fuga do padrão heteronormativo acarreta preconceitos, não atendimento de direitos fundamentais e de exclusão estrutural, que ficam evidentes através da dificuldade de acesso à educação, mercado de trabalho qualificado e até uso de banheiros, além de sofrerem diversas violências no cotidiano. Assim, os transexuais, por não se enquadrarem nos padrões impostos socialmente e historicamente, rompem com tal padrão desafiando o sistema binário que vem sendo utilizado.

A cultura contemporânea cria vários dispositivos para a correção e transformação do corpo onde viabiliza a mudança de hábitos e estilos de vida para parâmetros considerados normais e saudáveis, e investe em instrumentos, nos desempenhos corporais sob a aposta da constituição das subjetividades reguladas, esboçando, de outro lado, uma repulsa cada vez maior daqueles que ousam experimentar a corporalidade fora das medidas regulamentadas pelo poder disciplinar.

Assim, quem não segue os padrões é considerado como desviante que, segundo Becker³⁶, são caracterizados pela infração de uma regra ou a um conjunto de regras sociais, estas por sua vez podem ser determinadas de diversas formas como em letra de lei, de um consenso social ou na construção de uma categoria patológica. Logo a transgressão de uma regra caracteriza o desvio. Este por sua vez, é um produto de uma intenção não sendo uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘infrator’.

Atualmente, essa repressão é historicamente evidente e está profundamente firmada, pois possui razões e raízes sólidas que pesam sobre o sexo de maneira tão rigorosa. Todos esses elementos negativos – proibições, recusas, censuras, negações que a hipótese repressiva agrupa num grande mecanismo central destinado a dizer não, sem dúvida, numa técnica de poder, numa vontade de saber que estão ligadas na produção discursiva, que também organizam silêncios gerando erros ou desconhecimentos sistemáticos na história da sexualidade humana; a colocação do sexo em discurso é uma crescente incitação nas técnicas de poder exercidas sobre o sexo – não obedeceram a um princípio de seleção rigorosa, mas, ao contrário, de disseminação e implantação das sexualidades polimorfos e que a vontade de saber não se detém.

Os indivíduos que possuem uma identidade de gênero compatível com o sexo biológico são as pessoas cisgêneras. Já as pessoas que se encontram em desconformidade a esse “determinismo biológico”, são as pessoas transexuais. Isto é, a transexualidade é uma

³⁶ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 1 Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008

experiência identitária que se caracteriza pela neurodiscordância de gênero, ou seja, o transexual é o indivíduo que possui a convicção inabalável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu registro de nascimento, sem por isso manifestar distúrbios delirantes.

Dentre os transexuais existem as mulheres transexuais que são mulheres que não se identificam com os seus genitais biológicos masculinos, nem com suas atribuições socioculturais e, em alguns casos, podem, através de modificações corporais, exercer sua identidade de gênero feminina de acordo com seu bem-estar biopsicossocial, identificam-se como mulheres – identidade de gênero – e podem ser heterossexuais, homossexuais e bissexuais – orientação sexual. E existem os homens trans, que assim como as mulheres transexuais não se identificam com seu sexo biológico e nem com suas atribuições socioculturais, identificam-se como homens – identidade de gênero – e podem ser heterossexuais, homossexuais e bissexuais – orientação sexual.

A orientação sexual representa por qual gênero o indivíduo se sente atraído, seja de maneira física, romântica ou emocional, tal aspecto não pode ser modificado através de terapias ou tratamentos e não é uma escolha. Os homossexuais são indivíduos que sentem uma atração por pessoas do mesmo gênero que o seu, enquanto os heterossexuais são aqueles que se sentem atraídos por pessoas do gênero oposto ao deles, e os bissexuais são aqueles que sentem atração tanto mesmo gênero que o seu quanto pelo gênero diverso.

Há pouco tempo atrás às pessoas que não se identificavam com o sexo que lhes foi atribuído ao nascer eram apontados como portadores de doença mental pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Após décadas de reivindicações da comunidade LGBT (Lesbicas, Gays, Transexuais e Bissexuais) de que a transexualidade é um transtorno de identidade de gênero, sendo assim um comportamento sexual e não uma doença, a Organização Mundial de Saúde (OMS), através da Classificação Internacional de Doenças (CID) nº 11, oficializada na 72ª Assembleia Mundial de Saúde ocorrida em Genebra no dia 21 de maio de 2019 retirou do compartimento de doenças mentais e a colocou no de comportamentos sexuais.

Destarte, anterior à modificação supracitada, por entender que a disforia de gênero ameaça a saúde física e mental desses indivíduos, participantes de um grupo vulnerável, foi determinada, através da Portaria nº 2.836 de 1º de dezembro de 2011, a garantia às mulheres transexuais e aos homens trans o direito à saúde integral, humanizada e de qualidade através do Sistema Único de Saúde (SUS).

O método de atendimento desses pacientes na rede pública tem se desenvolvido nas últimas décadas, depois de muita luta de entidades de defesa dos direitos LGBT e muita resistência de setores mais conservadores da sociedade e da política. Em 2011, uma decisão

judicial determinou que o SUS garantisse a cirurgia de transgenitalização, que corresponde à transformação sexual para modificação dos órgãos genitais, e em 2013, uma portaria ampliou o protocolo, abrangendo o tratamento hormonal, que promove transformações corporais mais imediatas.

Acerca da cirurgia de redesignação, ainda há certa resistência tendo em vista que muitos não a consideram como um procedimento cirúrgico de reparação e sim uma operação mutilante. Tal entendimento abre espaço para discussão se a transgenitalização é quesito necessário para que possa ocorrer a alteração do nome e do sexo no registro civil.

A transexualidade diz respeito à condição do indivíduo que possui uma identidade de gênero diferente da designada no nascimento, o que faz surgir o desejo de viver e ser aceito como sendo do sexo oposto. Com isso, fica claro que um dos pontos que mais trazem sofrimento, após a aceitação como transexual, é a inadequação do nome ao gênero no registro de nascimento e demais documentos da vida civil tendo em vista que tal inadequação gera grandes transtornos como a dificuldade de se inserir no mercado de trabalho e o preconceito.

Segundo Carlos Alberto Bittar³⁷, o direito à identidade é um elo entre o indivíduo e a sociedade em geral, assim como forma os elementos básicos para o relacionamento normal nos inúmeros meios, dentre eles o familiar e social, pois que individualiza o sujeito. Com isso, nota-se que o indivíduo que se encontra em desconformidade com o gênero e assim se identifica, deve ter respaldo jurídico em relação ao respeito à sua identidade.

Em entendimento recente o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou por unanimidade que estando o sujeito interessado na troca do nome e do gênero em seu registro, poderá se dirigir a um cartório e proceder com a solicitação sem que seja necessário comprovar sua identidade psicossocial. Contudo, para o Ministro Ricardo Lewandowski, se faz necessário a existência de uma etapa judicial para a alteração do nome registrado no nascimento para que se evite eventuais fraudes.

Acerca deste tema, as Nações Unidas sustenta que as pessoas transexuais possuem o direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero e à adequação do gênero em documentos oficiais, sem que sejam sujeitas a requisitos onerosos ou abusivos, visto que todos têm direito de serem reconhecidos como pessoas diante da lei.

Isso posto, ante todas essas dificuldades contidas em se exteriorizar como pessoa transexual e fazer válido todos os seus direitos, a mulher transexual ainda enfrenta toda a questão e violação que o ser feminino carrega. Conforme abordado previamente, assente as

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015

novas concepções originadas do movimento feminista, a percepção sobre quem são as mulheres se ampliou e passou a abranger toda a feminilidade de mulheres que outrora eram invisíveis, como as mulheres transexuais.

Em concordância com o trazido à baila, a feminilidade, ao ultrapassar a lógica da primazia do falo criada por Freud, pode ser associada com as relações de dominação que regem a sociedade. Sendo essas relações responsáveis pela construção da diferença entre os sexos, que estabelece que o masculino é tudo aquilo que se refere à dominação, ao espaço público e à virilidade, enquanto o feminino é fixado através da ideia de um ser dominado, pelo espaço privado da casa e pela fragilidade.

Para Robert Stoller³⁸, a identidade feminina, ou masculina, é estabelecida no segundo ou terceiro ano de vida do indivíduo, o que ele denominou de “núcleo de identidade de gênero”. De acordo com o autor referenciado, a identificação com a mãe e as vestimentas femininas são essenciais para a caracterização da mulher transexual, além da relação de horror com seu órgão genital masculino.

Pode-se dizer que, ao longo de todo esse processo doloroso de construção de identidade, a mulher transexual passa por várias transformações até de fato se localizar perante a sociedade. Como consequência da dificuldade de encontrar-se na sociedade, a mulher transexual, busca seu lugar como mulher através da sua feminilidade, para assim se adequar ao que a sociedade entende como feminino. Destarte, boa parte da doutrina e das jurisprudências considera que mulher transexual é mulher, independente de ter procedido com a redesignação sexual ou mudança do nome em seu registro civil.

Consubstanciado a todas essas dificuldades ainda existe a violência derivada do preconceito e da invisibilidade, conforme o Atlas de Violência de 2019 verificou-se que tal problema vem se intensificando ao longo dos anos, através do Disque 100 – canal que recebe, analisa e encaminha as denúncias de violação de direitos humanos – constatou-se que apenas no último ano houve um aumento de 127% no número de homicídios e tentativas realizado contra a comunidade transexual.³⁹

Assim, vislumbra-se a urgente necessidade de um olhar mais cauteloso sobre os transexuais, visto que fazem parte de uma sociedade marginalizada. Conclui-se que são poucos os passos dados para a existência dos direitos básicos dos transexuais no Brasil, tem-se que não são assegurados por nenhuma legislação específica, apenas possuindo enunciados

³⁸ STOLLER, Robert Jesse. **Sex and Gender**. Trad. Nossa. New York: Science House, vol. I, 1968.

³⁹ _____. Atlas da Violência 2019. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019.

fixados que auxiliam a busca pela adequação social. Cumpre dizer que progredir e inovar nos direitos dos transexuais demonstra-se primordial e urgente, cabendo ao Direito a responsabilidade de resguardar valores e princípios jurídicos, assegurando a todos, como a honra, a identidade, a privacidade, e, sobretudo, a felicidade, que encontra-se respaldado juridicamente na dignidade da pessoa humana, presente em nossa carta Magna, não restando terreno para as diferenças, os preconceitos e o extremismo.

4 APLICAÇÃO DA LEI 13.104/2015 À MULHER TRANSEXUAL

A lei 13.104/2015 foi promulgada como método de coibir a violência contra a mulher, modificou o artigo 121 do Código Penal brasileiro acrescentando o inciso VI, o §2º-A, inciso I e II, e o §7º, incisos I, II e III, ao seu texto, passando assim a tipificar o feminicídio como homicídio qualificado, incluindo tal crime no rol dos crimes hediondos. Desse modo, para que se configure a qualificadora do feminicídio é preciso que o homicídio discriminatório seja praticado em situação caracterizadora de violência doméstica e familiar, ou motivado por desprezo ou discriminação à condição de mulher. No mesmo sentido, manifesta-se Rogério Sanches que alega que o comportamento objeto da referida Lei, pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher, sendo imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima⁴⁰.

Assim, fica claro que o sujeito passivo desse delito é a mulher, mas que nem todo crime de homicídio em que figure uma mulher como vítima irá configurar esta qualificadora, pois somente a tipificará quando a ação do agente for motivada pelo menosprezo ou pela discriminação à condição de mulher da vítima.

Contudo, conforme abordado nos capítulos anteriores, o conceito de mulher é extremamente restrito e acaba sem abarcar suas diversas facetas, assim questiona-se quem pode ser considerada mulher para efeitos da tipificação da qualificadora em comento. Destarte, existem três critérios na doutrina que são utilizados para definir e identificar a mulher em conformidade com os critérios da qualificadora são eles o psicológico; o jurídico; e o biológico.

Para a posição psicológica, a mulher é o indivíduo, que ainda que seja do sexo masculino, acredita pertencer ao sexo feminino, adotando-se esse critério, matar alguém que psicologicamente acredita ser uma mulher aplica-se a qualificadora do feminicídio. A jurídica considera que mulher é aquele indivíduo que, em seus registros oficiais é do sexo feminino, independentemente da realização de redesignação sexual. E por fim, o critério biológico determina que mulher é aquela que biologicamente nasceu no sexo feminino, sendo determinado assim e possuidora dos órgãos genitais femininos.

⁴⁰ SANCHES, Rogério, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 96.

Nesta senda, alguns doutrinadores são adeptos da teoria biológica, como por exemplo, Francisco Dirceu Barros⁴¹, que alega que o maior problema na utilização do critério psicológico para conceituar mulher, se encontra no fato de que o mesmo é formado pela convicção íntima da pessoa que entende pertencer ao sexo feminino, critério que pode ser, diante do caso em concreto subjetivo, algo que não é compatível com o direito penal moderno.

De outro lado, autor supracitado, acredita que o critério jurídico, também não teria a possibilidade de ser aplicado, pois as instâncias cível e penal são independentes; assim, a mudança jurídica no cível representaria algo que seria usado em prejuízo ao réu, afrontando o princípio da proibição da analogia *in malam partem*, o corolário da legalidade proíbe a aplicação da analogia.

Adota-se analogia, em casos em que o legislador é omissos quanto à determinada conduta, sendo que a analogia *in malam partem* é configurada pela aplicação da lei prejudicial ao réu, reguladora de caso semelhante. Para Miguel Reale⁴², “se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos”. Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴³, é exposto que “a analogia quando uma norma, estabelecida com e para uma determinada *facti species*, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança”.

Ademais, ainda na defesa do critério biológico, para Francisco Dirceu Barros, o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu os transexuais, sendo peremptório ao afirmar que “considera-se que há razões de gênero quando o crime envolve: menosprezo ou discriminação à condição de mulher”⁴⁴.

Se faz necessário trazer à baila que o texto original sofreu uma modificação, substituindo-se o termo ‘gênero feminino’, pelo termo ‘sexo feminino’, tal alteração representa uma manobra legislativa para excluir da aplicação da lei todas as mulheres, que, supostamente, não estariam enquadradas no conceito biológico de “mulher”, notadamente as

⁴¹ BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia**: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37145/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia>. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁴² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 29º Ed., 2001.

⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁴ BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia**: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37145/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia>. Acesso em: 07 jun. 2019.

mulheres transexuais⁴⁵. Contudo, apesar da modificação a interpretação não se altera, visto que a expressão ‘por razões de sexo feminino’ prende-se, igualmente, a razões de gênero.

As discursões a respeito da importância da tipificação do feminicídio surgiram no Brasil instigado pela Lei 13.104/2006 (Lei Maria da Penha), que permitiu que houvesse uma mudança na pauta discutida em relação às mulheres como ‘sujeitas’ visto que procurou apresentar uma desconstrução de uma identidade feminina universal, acatando um conceito diverso e plural de mulher. Em seu artigo 2º, a referida lei contempla o “princípio da não discriminação para o gozo dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, não permitindo que nenhum marcador, como classe, etnia, sexualidade e identidade, impeçam o exercício desses direitos fundamentais⁴⁶.

Ademais ao utilizar o conceito de gênero para definir a violência doméstica praticada contra as mulheres, a Lei Maria da Penha não restringe sua aplicação à mulher enquanto ser biológico e desde a sua criação esta lei abarca não apenas mulheres que sofrem violência em relacionamentos heterossexuais, mas também as mulheres em relações homoafetivas.

Outra referência feita pela lei à orientação sexual se dá no parágrafo único do artigo 5º que seu texto trás “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Assim, os juristas passaram a interpretar em suas decisões a aplicação da lei também para outros gêneros que se identifiquem com o sexo feminino. Portanto, “as mulheres transexuais são protegidas pela Lei. Essa proteção não se limita à identidade sexual, mas alberga também a identidade de gênero”⁴⁷.

Por certo, Scott⁴⁸, em sua definição de gênero, aponta que um dos elementos constitutivos de tal conceito é a dimensão subjetiva, que diz respeito aos elementos da identidade subjetiva dos indivíduos que integram as relações sociais. Como a identidade de gênero também diz respeito à auto percepção e à forma como as pessoas se expressam socialmente, é evidente que as mulheres transexuais também incluem-se no conceito de mulher, para implicações da Lei Maria da Penha, já que “entende-se que a vivência de um gênero discordante com o que se esperaria de alguém de um determinado sexo é uma questão

⁴⁵ ELIAS, Maria Lígia G. Granado; MACHADO, Isadora Vier. **A Lei Maria da Penha completa nove anos: é possível trilhar caminhos para além de sua dimensão simbólica?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 281, abr. 2016, p. 15.

⁴⁶ CAMPOS, Carmen Hein de. Disposições preliminares – artigos 1o, 2o, 3o e 4o. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 176.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 179

⁴⁸ SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil para análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, 1995. p. 86.

de identidade”⁴⁹. Não restam dúvidas, portanto, quanto à aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica praticadas contra mulheres transexuais, já que as mesmas se enquadram, subjetivamente e socialmente no gênero feminino.

Logo, com a promulgação da Lei do Femicídio, deu-se uma regressão discursiva, combinado com a tentativa de afirmar que a violência praticada contra as mulheres estaria atada aos cromossomos e à anatomia genital tradicionalmente entendida como feminina, reforçando uma ideia universal, binária e global das identidades e papéis sociais.

Assim, conforme desenvolvido por Smart⁵⁰, o direito possui gênero, ou seja, admite-se que o Direito atue de maneira mais abrangente do que um regulador de identidades de gênero pré-concebidas, funcionando também como determinante do conceito dessas identidades. Segundo a autora, adotar tal concepção significa abandonar a procura da fixação das identidades de gênero aplicando-as a um sistema rígido de significado, compreendendo que tais identidades são criadas através de discursos, dentre os quais figura o discurso jurídico.

Nesta senda, é imprescindível assumir que o papel ativo do Direito não é meramente a composição de um conceito de mulher em contraposição ao homem, como também a implantação discursiva de um tipo de mulher. Em virtude disso, o discurso jurídico, além de constituir um dos lados de uma diferenciação binária apresentada anteriormente, as mulheres representam também outros dualismos, como a mulher legítima e a mulher não legítima. Constata-se, portanto, que o Direito contribui de maneira direta na definição e perpetuação dos estereótipos de gêneros implantados socialmente, já que atua como regulador de identidades que são criadas e adotadas pelos indivíduos por meio do discurso jurídico⁵¹. Dessa forma, ainda que concebido como instrumento de enfrentamento à violência de gênero, o Direito muitas vezes é construído e aplicado visando a proteção apenas de um segmento de mulheres, ou seja, aquelas que se enquadram no conceito de mulher apontado como modelo perante a sociedade.

No caso da Lei 13.104, fica claro e evidente a exclusão e discriminação no texto da lei em comento, já que se optou por substituir o termo ‘gênero feminino’ por ‘sexo feminino’, em uma tentativa de exclusão da proteção da lei às mulheres transexuais que, teoricamente, não pertenceriam à categoria de sujeitos do sexo feminino. Conjectura-se, nesse

⁴⁹ JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília, 2012, p. 8.

⁵⁰ SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: El derecho en el género y el género en el derecho. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 38-49.

⁵¹ *Ibidem*, p. 40-43

caso, a construção de um dualismo entre ‘mulher legítima’ e ‘mulher ilegítima’ por parte do Direito, ou seja, uma divisão entre “tipos de mulheres” que podem ou não figurar como vítimas de feminicídio⁵².

A escolha do legislador pelo termo ‘sexo feminino’ no texto da lei do feminicídio acarreta em incertezas na comunidade jurídica, bem como o surgimento de diversas posições acerca da possibilidade, ou não, de incidência da qualificadora do feminicídio em casos de mortes de mulheres transexuais.

Para Luiz Flávio Gomes⁵³, mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o artigo 5º, parágrafo único, a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada independentemente da orientação sexual. Na relação entre mulheres heterossexual ou transexual, caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar o feminicídio.

A legalidade é um dos princípios mais importantes do Estado Democrático de Direito, onde estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. O referido princípio tem como propósito garantir ao sujeito a segurança jurídica⁵⁴ e por esse motivo, aquele que comete homicídio, em razão de menosprezo ou discriminação contra mulher, seja ela biologicamente ou transexual.

Para que ocorra o exercício pleno do princípio da legalidade, deve-se utilizar o vocábulo lei no sentido de lei formal, ou seja, feita em conformidade com o procedimento previsto na Carta Magna e emitido pelos órgãos competentes que representam o povo⁵⁵.

Assim, utilizar o vocábulo da lei é buscar o real significado da norma, ou seja, a *ratio legis*, por meio do que trazido pelo texto legislativo⁵⁶. Para tanto, é primordial que busque o significado literal da expressão ‘sexo feminino’ constante na estrutura do corpo da Lei do feminicídio, qual seja, conformação particular que distingue o macho da fêmea, atribuindo-lhes um papel determinado na geração e conferindo-lhes certas características distintivas.

⁵² SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: El derecho en el género y el género en el derecho. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 43.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 07 jun 2019

⁵⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**, p. 94.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 424.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: vol 1 parte geral artigos 1º a 120. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Contudo, a relação dada ao sexo e as características biológicas atribuídas aos indivíduos não se limita aos conceitos trazidos pelos dicionários. É necessário que ocorra a dissociação entre os termos para a desconstrução dos papéis socialmente determinados. Para o autor Fausto-Sterlig, as discussões públicas e científicas que tendem a considerar o sexo como algo real e o gênero como algo construído, na realidade, estão reproduzindo falsas dicotomias, visto que o sexo também é constituído socialmente⁵⁷. Com efeito, Butler⁵⁸ questiona a necessidade de uma base biológica para se afirmar a existência do gênero, afirmando para tanto, que o caráter imutável do sexo é contestável.

Deste modo, mostra-se plenamente possível uma discussão e desconstrução a respeito da suposta diferença entre o sexo e o gênero, e que ainda que seja entendido que os termos são essencialmente distintos, e que, portanto, não pode haver uma fungibilidade entre eles, ainda é possível lançar mão de outras formas ou métodos interpretativos para se concluir que as mulheres transexuais também estão incluídas na Lei do feminicídio.

Como bem observa Prado⁵⁹, o processo interpretativo, ainda que literal, não se pode ignorar a *ratio legis*. Pelo contrário, tal processo deve ser sempre realizado com o fim de desvendar a finalidade almejada pela norma. Toda lei é posta com a finalidade de satisfazer determinadas necessidades, e a melhor interpretação é aquela feita no sentido de atender a esses desígnios.

Ainda que se alegue de que nada do que esta na lei pode ser desconsiderado, e que foi a vontade legítima do legislador que o termo ‘gênero’, presente no projeto de lei original, fosse substituído pelo termo ‘sexo’, deve-se levar em conta que, atualmente, prevalece a teoria objetiva da interpretação da lei, segundo a qual deve ser buscada, durante o processo interpretativo, “não a vontade pessoal de um indivíduo, mas a vontade geral da comunidade, consubstanciada na lei”. Uma vez promulgada, a lei “destaca-se do legislador e passa a ter existência própria e consistência autônoma”⁶⁰

Assim, fica claro que apesar da modificação ocorrida no texto da Lei do feminicídio, permanece o entendimento da vontade autônoma, a qual, conforme demonstrado através de uma interpretação teleológica, histórica e lógico-sistemática, consiste em enfrentar a forma mais extrema de expressão de violência de gênero. Portanto é possível concluir que a

⁵⁷ FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 17/18, 2002, p. 77-78

⁵⁸ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 24-26

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**, arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 219.

⁶⁰ *Id. Ibid.*

finalidade buscada por tal lei foi a de qualificar os homicídios praticados em um contexto de violência de gênero contra as mulheres.

Conclui-se após todo o explicitado que as mulheres transexuais podem ser incluídas na Lei do feminicídio através de uma interpretação extensiva do referido dispositivo legislativo. Cumpre dizer que as formas de interpretação da norma podem ser classificadas, ainda, em relação a seus resultados, como declarativa, restritiva ou extensiva.

A interpretação declarativa é aquela interpretação que chega o mesmo resultado da lei, ou seja, a aplicação daquilo que está escrito na norma; a interpretação extensiva amplia o sentido da norma, o interprete faz uso do método teleológico; já a interpretação restritiva é o inverso das explicada anteriormente, ela restringe o sentido da norma jurídica com o objetivo de dar uma interpretação menos ampla àquela norma jurídica.

A interpretação não se restringe tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são suas limitações para o bem exprimir do direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste.⁶¹

Em tempo, é válido esclarecer que a interpretação extensiva não se confunde com a interpretação analógica e em nada tem em comum com a analogia. A primeira é uma interpretação extensiva e restringe-se a um meio indicado pela própria norma para que seu preceito normativo seja estendido a situação semelhantes através de expressões ampliativas. Já a analogia, conforme já explicado anteriormente, é uma maneira de estender a aplicação de uma norma a casos análogos que não estejam contemplados no texto legal, deste modo um ato que não se encontra contemplado legalmente, o aplicador da lei deve fazer uso do instituto da analogia para que seja suprida a lacuna legal⁶². Outrossim, para que ocorra a aplicação da analogia é necessário que haja uma hipótese de ausência de vontade da lei, que precisa ser integrada o que não ocorre no processo de interpretação extensiva, visto que não há ausência de vontade, pelo contrário, a vontade da lei existe, mas precisa ser buscada e revelada pelo interprete da lei⁶³.

A analogia é vedada na hipótese de aplicação de lei penal incriminadora, visto que vai de encontro com o princípio da legalidade, sendo inadmissível que sejam definidos novos crimes e novas penas por outros meios que não sejam a lei penal. Assim, é comum dizer que o

⁶¹ FRANÇA, Limonge. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed, 1988.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 19ª ed, 2013, p. 197

⁶³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de.; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.

recurso da analogia só pode ser utilizado em *bonam partem*, isto é, para integrar as lacunas com normas que sejam mais benéficas ao réu. Já a interpretação extensiva pode ser aplicada a “todas as espécies de normas, inclusive as de caráter penal”, já que visa tão somente reintegrar a vontade legislativa já existente⁶⁴

Desse modo, ao alegar que as mulheres transexuais podem ser contempladas pela Lei do feminicídio não pode-se alegar a existência da analogia *in malam partem* e sim de uma interpretação extensiva, visto que a lei determina que o homicídio discriminatório irá ocorrer quando for motivado por menosprezo ou discriminação em condição de mulher. Não se tratando de aplicação da norma a um caso análogo e sim uma extensão do alcance da norma de acordo com a vontade do legislador, por meio de um processo interpretativo.

Sendo assim, a inadequação da expressão ‘sexo feminino’, ante os objetivos buscados pela Lei do Feminicídio, justificam que a norma deva ser objeto de uma correção interpretativa. Entende-se a readequação do termo não se constituiria como perigo para a segurança jurídica, pois seria justificável em face do mal maior em que estão inseridas as mulheres transexuais, quais seja, o de serem mortas por violência de gênero e enfrentarem a invisibilidade de tais mortes em nosso ordenamento jurídico. Deixar de aplicar a qualificadora do feminicídio a esses homicídios seria das uma solução contrária ao espírito do ordenamento jurídico, já que este prevê o dever de prevenir e coibir a violência de gênero praticada contra todas as mulheres.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de.; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 154

5 CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho foram abordadas diversas vertentes a cerca da violência contra a mulher, onde buscava-se conjecturar a possibilidade da aplicação ou não do feminicídio como majorante do crime de homicídio como vítima a mulher transexual a luz da Lei 13.104/2015.

De modo para compreender o surgimento do feminicídio, observou-se que a violência contra a mulher se dava em razão de gênero, apresentando um caráter estrutural que se perpetua devido à posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal e que a partir de condições históricas, foram naturalizadas formas de discriminação contra a mulher e geradas praticas sociais que permitem ataques contra a sua integridade, desenvolvimento, saúde, liberdade e vida.

O termo *femicide* surgiu no ano de 1976, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, onde caracterizava o assassinato de mulheres apenas por serem mulheres, contudo o seu efetivo conceito só veio a existir em 1990, sendo definido como o assassinato de mulheres por homens motivados por ódio, desprezo, prazer ou por um sentimento de propriedade.

Assim, através do Mapa da Violência de 2015, foram divulgados números alarmantes acerca da violência contra a mulher e medidas foram criadas na tentativa de coibir as violências ocasionadas em razão do gênero feminino. No Brasil, em 31 de março de 2004, através do decreto nº 5.030 instituiu-se um grupo interministerial para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência contra a mulher. Em decorrência da sugestão legislativa elaborada através do decreto supramencionado, foi promulgada em 7 de agosto de 2006 a Lei 11.340 (Lei Maria da Penha), sendo um marco nos mecanismos de coibição contra a violência familiar e doméstica.

Mesmo após a criação da Maria da Penha os números de violência extrema contra a mulher não baixaram, tornando as discussões sobre tipificar ou não o feminicídio mais densas, e em março de 2015, foi aprovado pelo Congresso Nacional e o Poder executivo sancionou a Lei 13.104, que atribui ao feminicídio à categoria de homicídio qualificado.

Contudo, com o desenvolvimento dos estudos de gênero, que distinguiu os conceitos de sexo e gênero, houve a flexibilização do sujeito ativo que se enquadra na lei. Assim, os estudos sobre as relações de gênero se consolidaram a partir de uma reavaliação dos pressupostos teóricos que fundamentavam o campo de estudo sobre as mulheres.

A tarefa teórica era desconstruir essa mulher universal, apontando outras variáveis sociológicas que se articulassem para a construção das identidades de gênero. Neste momento, surgiu o questionamento da possibilidade da aplicação da Lei do Feminicídio às mulheres transexuais.

Assim, ficou claro que o termo mulher é restrito e acaba sem abarcar suas diversas facetas, questionando-se quem pode ser considerada mulher para efeitos da tipificação da qualificadora em comento. Destarte, concluiu-se que existem três critérios na doutrina que são utilizados para definir e identificar a mulher em conformidade com as especificações da qualificadora são eles o psicológico; o jurídico; e o biológico.

Uma parte da doutrina é adepta da teoria biológica, sob a ótica de que a utilização de outras teorias acabaria por implicar na violação do princípio da legalidade, corolário do direito, visto que implicaria na aplicação da analogia *in malam partem*, que é vedado ao direito penal moderno.

Contudo, apesar da mudança realizada no texto da lei ao proceder com a troca do termo ‘gênero’ para ‘sexo’, não irá modificar a vontade autônoma do legislador, visto que atualmente se utiliza a teoria objetiva da interpretação da lei, a qual diz que deve ser procurada a vontade comunidade, consubstanciada na lei.

Ademais, com o presente pode se perceber que Lei 13.104/2015 teve suas bases respaldadas na Lei Maria da Penha, que ao fazer uso do conceito de gênero para definir a violência doméstica praticada contra as mulheres não restringiu a sua aplicação à mulher enquanto ser biológico, abarcando todas as mulheres que assim se sintam. Logo, acreditar que a Lei do Feminicídio se aplica apenas a mulheres quanto seres biológicos é dar-se uma regressão discursiva combinada com a tentativa de afirmar que a prática de violência contra a mulher esta ligada diretamente com os cromossomos e a anatomia genital.

Com isso, fica claro e evidente a exclusão e discriminação no texto da lei 13.104/2015, já que se optou por substituir o termo ‘gênero feminino’ por ‘sexo feminino’, em uma tentativa de exclusão da proteção da lei às mulheres transexuais que, teoricamente, não pertenceriam à categoria de sujeitos do sexo feminino.

Portanto, conforme o presente estudo, as mulheres transexuais podem ser incluídas na Lei do Feminicídio através de uma interpretação extensiva do referido dispositivo legislativo, o que nada se compara a interpretação analógica – que é um tipo da extensiva, onde segue o texto da lei através de expressões ampliativas – ou a analogia – que consiste na aplicação de norma similar em caso de omissão do legislador. Visto que não se trata da aplicação da Lei 13.104/2015 a um caso análogo, mas sim uma extensão do alcance da norma

de acordo com a vontade legítima do legislador, em decorrência de um processo interpretativo.

A presente pesquisa, diante do resultado obtido, pode afirmar a extrema necessidade da aplicação da Lei 13.104/2015 às mulheres transexuais, visto que ficou demonstrado a ausência de proteção jurídica à essas mulheres, deixando as mesma as margens da violência, visto que não caracterizam os padrões impostos pela heteronormatividade.

Desta feita, sendo um assunto relativamente recente, ainda possuem contornos a serem delineados, o que nos remonta a necessidade de um olhar mais atencioso do legislador sobre essas mulheres, que não possuem o devido reconhecimento por parte do Estado e do legislador.

Por fim, vale dizer que a hipótese de aplicação da Lei 13.104/2015 ainda é muito controversa, havendo que passar por muitas discussões a fim de garantir uma maior eficácia e abrangência do instituto.

6 REFERÊNCIAS

_____. Atlas da Violência 2019. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019.

_____. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Belém do Pará, 9 de junho de 1994.

_____. **Mapa da violência 2013**. Homicídios e juventude no Brasil. Brasília, 2013.

Disponível em:

http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf. Acesso: 20 mar. 2019.

_____. **Mapa da violência 2015**. Homicídios de Mulheres no Brasil. Brasília, 2015.

http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Acesso em: 23 mar. 2019

_____. <http://flacso.redelivre.org.br/files/2015/03/Heleieth_Saffioti.pdf>. Acesso: 23 mar. 2019

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**, p. 94.

BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia**: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/37145/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 1 Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 19ª ed, 2013, p. 197

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Trad. Maria Helena Kuhner. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRITZMAN, Deborah. O que é esta coisa chamada amor – identidade homossexual, educação e currículo. **Revista Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 71-96, jan/jun. 1996.

BRUNS, Maria Alves de Toledo; PINTO, Maria Jaqueline Coelho. **Vivência transexual**: o corpo desvela seu drama. Campinas, São Paulo: Editora Átomo, 2003.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008

CAMPOS, Carmen Hein de. Disposições preliminares – artigos 1o, 2o, 3o e 4o. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 176.

CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide: sexista terrorism against women*. Nova York: Twayne, 1992

CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide; sexista terrorism against women*. In: *Feminicidio: la política de matar mujeres*. Nueva York: Twayne, 1992.

CHAUÍ, Marilena. *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*. São Paulo: Zahar, 1985

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais**. Porto Alegre, Artmed Ed., 2000.

DORLIN, Elsa. **Sexe, genre et sexualités: introduction à lathéorie feminist**. Paris: Presses Universitaires de France, 2008, p. 5.

ELIAS, Maria Lígia G. Granado; MACHADO, Isadora Vier. **A Lei Maria da Penha completa nove anos: é possível trilhar caminhos para além de sua dimensão simbólica?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 281, abr. 2016, p. 15.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. Leandro Konder. 1. Ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 17/18, 2002, p. 77-78

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da C. Albuquerque e A. J. Guilhon de Albuquerque. 19. Ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

FRANÇA, Limonge. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed, 1988.

GEBRIM, L. M.; BORGES, P. C. C. *Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio?* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 4. Ed., 2008, p. 158

GOMES, Izabel Solyszko. Femicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. **Gênero & Direito**, Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, n. 1, p. 188-218, 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/24472>. Acesso: 22 mar. 2019

GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: < <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 07 jun 2019

GRECO, Rogério. **Feminicídio**: comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. 2015. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso: 20 mar. 2019

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília, 2012, p. 8.

LAGARDE, Marcela y de los Rios. Del feminicídio al feminicídio. Bogotá, 2006. p. 216-225

MATOS, Marlise. **Movimento e Teoria Feminista**: É possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global?. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/06.pdf>>. Acesso: 15 mar 2019

MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse Goulart. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. **Cadernos Pagu**. Dossiê O gênero da política: feminismos, estado e eleições, Campinas, n. 43, p. 57 – 118, jul/dez., 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0057.pdf>. Acesso: 23 mar. 2019

MENEGHEL, Stela Nazareth.; HIRAKATA, Vania Naomi. Femicídios: homicídios femininos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 564-74, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/1931.pdf>>. Acesso: 24 mar. 2019

MONEY, John. **Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism**: Psychologic findings. Bulletin of the Johns Hopkins Hospital, Baltimore, EUA, v. 96, p. 253-264, 1995

OLIVEIRA JÚNIOR, Isaías Batista; MAIO, Eliane Rose. Re/des/construindo in/diferenças: A expulsão compulsória de estudantes trans do sistema escolar. **Revista da FAEBA-Educação e Contemporaneidade**, v. 10, n. 1, p. 160. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/faeaba/article/viewFile/2292/1598>. Acesso: 29 de abril 2019.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. In: RUIA, A. E. C. Identidad femenina y discurso jurídico. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 25-43. Disponível em: < <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>>. Acesso: 01 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher – 1948. Bogotá, 30 de março a 2 de maio de 1948.

PASINATO, Wânia. “Feminicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos Pagu**, Campinas, v. 37, p. 219-246, jul/dez 2011. Disponível em: <http://scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso: 25 mar. 2019

PERES, Wiliam Siqueira. **Subjetividade das travesties brasileiras: da vulnerabilidade da estigmatização à construção da cidadania**. Tese. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de.; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. **Feminicídio: la política de matar mujeres**. Nova York: Twayne, 1992.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 29º Ed., 2001.

ROMERO, Teresa Incháustegui. Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir de caso mexicano. **Revista Sociedade e Estado**. Brasília, v. 29, n. 2, p. 373-400, maio/ago 2014. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/se/v29n2/04.pdf>>. Acesso: 24 mar. 2019

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Ontogênese e filogênese do gênero: ordem patriarcal de gênero e a violência masculina contra mulheres. FLASCO-Brasil, jun. 2009.

SANCHES, Rogério, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero, uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 235-262, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

STOLLER, Robert Jesse. **Sex and Gender**. Trad. Nossa. New York: Science House, vol. I, 1968

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2012**. Caderno complementar 1. Os Novos padrões da violência homicida no Brasil. Homicídios de mulheres no Brasil. São Paulo:

Instituto Sangari, 2012. Disponível em:

http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Acesso: 20 mar. 2019.